Gegner unbenutzt gelassen hätte, diejenigen Befugnisse einzuräumen, welche dem Principal für den Fall einer Collusion des Procurators zugestanden sind [33]). Ohne eine weitere Fortbildung durch die Praxis muß man aber dabei stehen bleiben: der deferirte Eid über natürliche Thatsachen ist ein Schiedsmittel über die Bewiesenheit, er wird als Beweismittel gebraucht jedoch nur mit der Wirksamkeit eines Transacts.

XII.

Beitrag zur Erörterung der Frage: welche Wirkung hat die Unterlassung der Beifügung einer Bedingung bei der Erbeinsetzung, die der Testator hinzufügen wollte. Versuch einer Auslegung und Vereinigung der beiden Gesetzesstellen.

l. 9. §. 5. D. de hered. inst. (28. 5.) und l. 8. Cod. de institut. et substitut. (6. 25.)

Von

Hrn. Obertribunalrath **Sarwey** in Stuttgart.

(Beschluß des Aufsatzes Nr. V. im vorigen Heft.)

§. 9. Argumentation für die Auslegung der fraglichen Gesetzesstellen aus allgemeinen Grundsätzen.

Die beste Probe für das Resultat einer zweifelhaften Interpretation ist, wenn solche in einem vollkommenen und ungezwungen sich ergebenden Einklang mit den einschlagenden Rechts-Axiomen steht. Daß dieß bei unserer Deutung der

33) Vgl. L. 7. §. 9. D. de dolo malo 4. 3. mit L. 9. D. de doli mali excep. 44. 4. indeß auch L. 8. §. 1. D. mandati 17. 1. L. 10. C. de proc. 2. 13.

Fall ist, wurde bereits angedeutet. Es ist aber in dieser Beziehung noch etwas weiter einzugehen. Mühlenbruch, a. a. O. S. 435. führt aus, daß, wenn gleich die Bedingungen bloße Nebenbestimmungen sind, solche doch sowohl nach dem logischen Gesichtspunkt, als nach der Ansicht des römischen Rechts ein unzertrennliches Ganzes mit der hievon abhängig gemachten Erb-Einsetzung — einen wesentlichen Theil derselben bilden. Wirklich ist, schon logisch betrachtet, nichts klarer, als daß eine Erb-Einsetzung, welche von gewissen Voraussetzungen, von Erfüllung gewisser dem Erben aufzulegenden Leistungen abhängig gemacht sein, also nur in Verbindung mit diesen Voraussetzungen oder Leistungen bestehen soll, so gut als gar nicht geschehen anzusehen ist, wenn das correlatum, die Bestimmung der Voraussetzungen oder Leistungen fehlt.

Es kann daher schon aus diesem Grund eine Erb-Einsetzung, welche nur unter Bedingungen gelten sollte, nicht aufrecht bleiben, wenn diese nicht bezeichnet sind. Die Rechts-Regel, wonach unmögliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen für nicht beigefügt gelten, kann hierin nichts ändern. Ihr liegt keine von diesen Sätzen abweichende Ansicht zum Grund, sondern sie beruht auf besondern Gründen, mag man nun solche nach der ältern Theorie in der dem favor testament. entsprechenden Fiction, daß es dem Testirer mit der unmöglichen Bedingung kein Ernst gewesen sein könne,

vgl. Malblanc, princ. jur. rom. P. 1. §. 268.

oder in der rechtshistorischen Entwicklung der Rechtsregel selbst

v. Savigny, System des h. R. R. Bd. III. §. 121. S. 193. ff.

suchen.

Betrachten wir nun aber die Sache noch von einer andern der Natur der letztwilligen Verfügungen näher liegenden Seite.

Certitudo und perfectio voluntatis sind absolut wesentliche Erforderniſſe zur Rechtsgültigkeit eines letzten Willens

— wenigstens was die Erb-Einsetzung betrifft; diese in der Natur der Sache gelegenen, überall anerkannten Grundsätze sind gesetzlich mit solcher Bestimmtheit und Allgemeinheit ausgesprochen, daß eine in diesen Beziehungen mangelhafte letzwillige Verfügung nicht einmal als Disposition an die Intestat-Erben aufrecht erhalten werden kann und selbst Privilegien nicht hiegegen schützen.

l. 25. l. 29. pr. D. qui test. fac. poss. (28. 1.)
l. 11. §. 1. D. de leg. III.
l. 24. D. de testam. milit. (29. 1.)
l. 28. D. de fideicommiss. libert. (40. 5.)
l. 2. D. de his quae pro non script. hab. (34. 8.)
l. 73. §. 3. D. de reg. jur. (50. 17.)
cfr. Ulp. fragm. tit. 22. §. 4.
Glück, Comment. Bd. 38. S. 402 ff.

Nimmt man nun an, daß unter dem conditiones infra scriptas der Coderstelle eigentliche Bedingungen verstanden seien, so würde die Bestimmung der Coderstelle auf einen Widerspruch mit jenen Grundsätzen führen. Denn wenn der Testirer sagt: jener soll mein Erbe sein unter den nachgesetzten Bedingungen, so hat er sich damit ausgesprochen, daß er die Erb-Einsetzung nur unter gewissen Bedingungen wolle. Da aber unter Bedingungen solche Thatumstände zu verstehen sind, von deren Dasein die bezüglichen Rechte und Verbindlichkeiten abhängig gemacht werden wollen, so hat der Testirer so lange, als er diese Thatumstände nicht bezeichnet hat, seinen Willen hinsichtlich der Erb-Einsetzung weder vollständig noch bestimmt ausgesprochen; es fehlt an der perfectio voluntatis, weil er seinen Willen in einem wesentlichen Theil noch nicht vollendet hat; es fehlt an der certitudo voluntatis, weil er ungewiß gelassen hat, von welchen Umständen er die Erb-Einsetzung abhängig wissen wollte, oder — nach einer andern Darstellung (vgl. Donell, Comment. lib. VI. Cap. 21. §. 20. edit. Norimb. B. III. p. 476.) — weil man nicht wissen kann, ob der That-Umstand, von welchem er die Erbeinsetzung abhängig machen wollte, besteht, eintritt —

oder nicht. Würde also die Coderstelle unter den Worten conditiones infra scriptas wahre Bedingungen verstehen, so wäre damit, daß sie die Erbeinsetzung, obgleich die Bedingungen nicht folgen, dennoch für eine gültige erklärt, ausgesprochen, daß auch eine in sich selbst unvollendete, unbestimmte letzte Willens-Verordnung Gültigkeit haben könne, was unter keinen Umständen augenommen werden kann.

Es ist auch in der That ganz dasselbe, ob der Testirer die Bedingungen der Erb-Einsetzung erst später beifügen wollte, oder ob er beabsichtigte, die Bedingungen der Erb-Einsetzung einzuverleiben — unmittelbar hiemit zu verbinden; in einem wie in dem andern Fall ist sein Willen hinsichtlich der Erb-Einsetzung von der beabsichtigten Bedingung abhängig, also nicht vollendet, nicht bestimmt, so lange die Bedingung noch nicht ausgesprochen ist.

Am klarsten tritt die Collision, in welche man durch die Annahme, daß unter den conditiones der Coderstelle Bedingungen zu verstehen seien, mit den angeführten allgemeinen Grundsätzen geräth, in solchen Fällen hervor, wo sonst keine genauen Kennzeichen für die certitudo und perfectio voluntatis, namentlich in der äußern Form vorliegen, wie dieß bei den privilegirten Testamenten mehr oder weniger der Fall ist und nach dem ältern römischen Recht auch bei Codicillen der Fall sein konnte.

So ist ein schriftliches Testament ad pias causas, welches nach der Ansicht vieler Rechtslehrer schon nach dem canonischen Recht ohne alle Zeugen errichtet werden kann, nach vorliegenden particularrechtlichen Bestimmungen formell gültig, wenn nur erwiesen ist, daß es der Erblasser selbst geschrieben hat, ohne daß es einer Unterschrift desselben, eines Zeugen, der Beisetzung der Zeit oder irgend einer anderen Solennität bedürfte.

Württemb. Landr. Thl. III. tit. 6. §. 2.

vgl. Griesinger, Commentar Bd. V. S. 161. 162.

Es müßte daher in einem solchen Falle eine letztwillige Verordnung gelten, welche nichts weiter besagte, als:

„ich setze die milde Stiftung X. als Erben ein, unter „den hienach verzeichneten Bedingungen, —
ohne daß irgend eine Andeutung über die wirklich gemeinten Bedingungen gegeben wäre.

Ein solches Testament wäre quoad formam unzweifelhaft perfectum. Die materielle Perfection könnte in Unterstellung der mehr erwähnten Deutung nach den klaren und bestimmten Worten der Coderstelle gleichfalls keinem Zweifel unterliegen; es müßte die Erb-Einsetzung als unbedingt geschehen, nach der von Mühlenbruch und Andern aufgestellten Ansicht die Absicht des Testirers, hiefür Bedingungen festzusetzen, als geändert angenommen werden. Dieß wäre doch gewiß ein exorbitantes Resultat. Es trifft hier zusammen, daß einerseits bei einem solchen Testament keine Förmlichkeit erfordert wird, aus welcher die perfectio voluntatis erkennbar wäre, wie namentlich Bezeichnung der Zeit, Beisetzung der Unterschrift ꝛc. — Merkmale, deren Nichtvorhandensein sonst sogar positiv für eine Nichtvollendung spricht — andererseits die Disposition, ihrem Inhalt nach ebenfalls als unvollendet sich darstellt; und beider Momente unerachtet, müßte diese Verfügung als vollgültig angesehen und vollzogen werden.

Wenn nun gleich daraus, daß aus einem solchen zufälligen Zusammentreffen ein exorbitantes Resultat hervorgeht, für die Deutung der fraglichen Gesetze unmittelbar nichts folgt, so wird doch durch die gezeigten Consequenzen klarer, daß der Grundsatz der materiellen Perfection bei der Auslegung derselben unter keinen Umständen verlassen werden darf, wenn man nicht auf ganz unzulässige Resultate gelangen will.

Die Fiction einer theilweisen Willens-Aenderung hinsichtlich der beigefügten Bedingungen kann nicht helfen, wenn noch gar kein vollständig ausgesprochener Willen, kein in dem andern Theil (der Erb-Einsetzung selbst) vollendeter Willen gegeben war. Ein solcher letzter Willen ist unvollziehbar; es

tritt hier ein, was l. 2. D. de his quae pro non scriptis habentur (34. 8.) gesagt ist:

quae in testamento scripta essent, neque intelligerentur, quid significarent, ea perinde sunt, ac si scripta non essent.

Von Bestimmung durch arbitrium könnte in einem solchen Fall, abgesehen davon, daß ein solches nicht einmal rechtlich statthaft sein würde, schon um deßwillen nicht die Rede sein, weil es an allen und jeden Anhaltspunkten hiefür fehlen würde. Ebenso wenig kann hier die Rechtsregel, utile per inutile non vitiatur, Anwendung finden, da diese nur auf solche Fälle bezogen werden kann, wo es sich um quantitative Verhältnisse handelt,

Averan. interpret. jur. T. 1. l. 2. c. 3. n. 11. 12.

wie dieß alle bezügliche Gesetzesstellen beweisen,

vgl. Glück, Comment. Bd. 1. S. 106. 107.

insbesondere hiebei immer vorauszusetzen ist, daß eine Trennung an sich möglich sei,

cfr. l. 5. §. 2. D. de donat. int. vir. et ux. (24. 1.)

und daher eine Anwendung jener Rechtsregel auf bedingte Dispositionen vorausweg gänzlich unstatthaft ist.

Im Uebrigen ist hier nur noch zu bemerken, daß sich zu Unterstützung unserer Auslegung noch verschiedene allgemeine Rechtsregeln, besonders über Interpretation herbeiziehen ließen. Es wird jedoch solcher Behelfe nicht bedürfen. Es möge nur ein näher liegendes Citat hier eine Stelle finden. Es ist bekannt, daß aus l. 67. D. de hered. instit. (28. 5.) der Satz abgeleitet wurde, daß wenn es zweifelhaft sei, ob der Testirer (bei einer Bestimmung) eine Bedingung beabsichtigt habe, eher für einen modus, bei dessen Unterstellung die Verfügung plenior sei, zu präsumiren sei.

vgl. Voet Comment. ad tit. 35. 1. §. 14.

Wenn auch sehr dahin stehen dürfte, ob dieser Satz aus der angeführten Gesetzesstelle abzuleiten sei, so ist doch gewiß, daß derselbe ebenso, wie unsere Auslegung über-

haupt dem allgemein anerkannten, durch die Gesetze vielfach belegten

l. 12. D. de reb. dub. (34. 5.)
l. 67. D. de reg. jur. (50. 17.)
l. 10. D. de inoff. test. (5. 2.)
l. 24. Cod. de test. (VI. 23.)

Grundsatz entspricht, daß so viel wie möglich zu Erhaltung des letzten Willens geschehen soll.

§. 10. Unterstützung unserer Auslegung durch die specielle Bestimmung einer anderen Pandektenstelle.

Eine sehr gewichtige Unterstützung für unsere Auslegung liegt in der Special-Bestimmung einer anderen Stelle des Pandektentitels, welcher auch unsere in Frage stehende Stelle enthält. In l. 2. D. de hered. instit. (28. 5.) wird der Fall abgehandelt, wo der Testirer mehrere zu Erben einsetzt, mit dem Beisatz: ex partibus, quas adscripsero, die Theile aber sofort von dem Testirer nicht bezeichnet sind. Diesen Fall entscheidet Ulpian gegen die Ansicht des Marcellus (welcher glaubt, daß hier die Erb-Einsetzung nicht gelte), dahin, daß die Erben als zu gleichen Theilen eingesetzt angesehen werden sollen; dieß selbst dann, wenn die Erb-Einsetzung mit dem Beisatz geschah: si eis partes adscripsero, also in Form einer Bedingung; dabei ist jedoch diese Annahme nur als eine im Zweifelsfall eintretende anzusehen, und — was in der Gesetzesstelle in mehreren Richtungen durchgeführt wird, — immer vorbehalten, daß da, wo die Erb-Einsetzung als von der Bestimmung der Erb-Quoten abhängig gemacht anzusehen ist, wo die Beziehung der Einsetzung auf die Erb-Quoten so ausgedrückt ist, daß sie als Bedingung erscheint, die Erb-Einsetzung nicht gilt, wenn es an der Bestimmung der Erb-Quoten fehlt.

vgl. Mühlenbruch, a. a. O. S. 427—430.
Westphal, Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 265. S. 189—192.

Es wird kaum einer Andeutung der Momente bedürfen, welche aus dieser Gesetzesstelle für unsere Auslegung geltend gemacht werden können. Einmal ist auch hier dem Grundsatz, daß wenn ein Vorbehalt bei der Erb-Einsetzung nach unzweifelhaftem Willen des Testirers als die Einsetzung bedingend erscheint, die Erb-Einsetzung nicht bestehen kann, wenn der Vorbehalt sofort unbestimmt geblieben ist, die entschiedenste Geltung verschafft; sodann ist auch hier angenommen, daß der Vorbehalt eines adjectum der Erb-Einsetzung im Zweifelsfall nicht als die Erb-Einsetzung bedingend angesehen werden soll, selbst wenn dasselbe in bedingender Form ausgedrückt wäre, daß vielmehr so lange, als dieß nicht auf einen offenbaren Widerspruch mit dem Willen des Erblassers führt, die Erb-Einsetzung als eine unbedingte gelten und der Vorbehalt der näheren Bestimmung desselben als weggefallen angesehen werden soll. Es enthält also das vorliegende Gesetz einestheils eine Anwendung des ersten Satzes der abgehandelten Pandektenstelle (l. 9. §. 5. de hered. instit.), anderntheils eine Anwendung des ersten Satzes der Coderstelle (l. 8. de instit. et substit.) — wenn solche, so wie oben geschehen, ausgelegt wird — auf den besondern Fall des Vorbehalts der Bestimmung der Erbquoten. Nimmt man dagegen an, daß unter dem conditiones infra scriptas der Coderstelle wahre Bedingungen verstanden seien, so steht solche auch mit dem vorliegenden Gesetz in directem Widerspruch.

§. 11. Bemerkungen über die Auslegung Anderer. Mühlenbruch.

Gewiß sind die allgemeinen Gesichtspunkte, von welchen Mühlenbruch ausgeht, vollkommen richtig; einmal, daß der allgemeine Grundsatz, daß die Gültigkeit der Erb-Einsetzung von dem Vorbehalt einer entschieden beabsichtigten Bedingung abhängig sei, durch die Coderstelle nicht in Zweifel gestellt sei, (Glück Comment. S. 436.), sodann daß nur die Frage, wann bei dem Vorbehalt eines Testirers eine wahre

Bedingung beabsichtigt sei, den Gegenstand der Entscheidung der Coderstelle ausmache. (Ebendaselbst S. 438.)

Allein die Auffassung der Coderstelle selbst, wie sie Mühlenbruch hinstellt,

Ebendas. S. 437.

steht mit der eben erwähnten Prämisse nicht im Einklang und enthält sogar einen innern Widerspruch.

Es soll nämlich in der Coderstelle die Erklärung enthalten sein, der Erb-Einsetzung Bedingungen beifügen zu wollen, diese Erklärung aber dem Rechtsbestande der Erb-Einsetzung nichts schaden, wenn diese dennoch unbedingt ausgesprochen sei.

Hat nun aber der Testirer sich so ausgesprochen, daß die Absicht, der Erb-Einsetzung Bedingungen beifügen zu wollen, nicht mehr zweifelhaft ist, so ist nicht abzusehen, wie ein Zweifel darüber sein kann, ob der Testirer mit der Erb-Einsetzung eine Bedingung habe verknüpfen wollen, und wie die Erbeinsetzung dennoch unbedingt ausgesprochen sein soll. War die Erklärung des Testirers so zu verstehen, daß der Erbeinsetzung Bedingungen beigefügt werden sollen, so ist, wie dieß oben (§. 9.) näher ausgeführt wurde, ebendamit ausgesprochen, daß das, was der Erbeinsetzung beigefügt werden solle, auch wirklich bedingend, d. h. daß die Erbeinsetzung eine bedingte sein soll. Auch drückt die Stelle nirgends aus, daß die Erb-Einsetzung dennoch unbedingt ausgesprochen sei; sie sagt nur: si quidem nihil est adjectum.

Wenn sodann weiter Mühlenbruch sagt: es soll nach der Gesetzesstelle angenommen werden, der Testirer habe seinen Willen hinsichtlich der Bedingungen wieder verändert, so wäre dieß allerdings, wenn man unter dem Wort conditiones Bedingungen versteht, noch die passendste Deutung der Stelle. Allein die Worte derselben weisen auf die Unterstellung einer Willensänderung auch nicht entfernt hin. Die Worte supervacuam esse bedeuten nicht eine eingetretene Aenderung, sondern eine von vornherein beste-

hende Bedeutungslosigkeit, eine Wirkungslosigkeit dessen, was ausgesprochen wurde [1]).

Mühlenbruch muß ferner anerkennen, daß in dem als Argument gebrauchten Papinianischen responsum nicht von einer Bedingung die Rede sei; a. a. O. S. 437. das tertium comparationis soll jedoch darin liegen, daß in einem wie in dem andern Fall sonst alles verständlich und klar im Testament angeordnet sei.

A. a. O. S. 438.

Allein wenn nach dem ersten Satz der Testirer sich vorbehielt, der Erbeinsetzung Bedingungen beizüfügen und that es nicht, so kann man doch wohl nicht sagen, es sei hier Alles klar und verständlich angeordnet.

Endlich sagt Mühlenbruch (a. a. O. S. 438): aus dem Schluß-Satz der Codex-Stelle ergebe sich mit unzweifelhafter Gewißheit, daß der Gesetzgeber hier an eigentliche Bedingungen gedacht habe, wofür, wie es scheint, der Beweisgrund in den Worten ab initio conditionalem esse institutionem liegen soll. Allein darin, daß der Gesetzgeber sagt, in dem Fall eines conditiones quasdam in quavis parte enthaltenden Testaments soll die Erb-Einsetzung als ab initio conditionalis angesehen werden, ist doch nur die Entscheidung, nicht die Voraussetzung des Falls enthalten, es kann hieraus nicht folgen, daß unter dem Wort conditiones schon vorausweg Bedingungen verstanden seien, vielmehr, wie oben erörtert wurde, im Gegentheil gerade das, daß der Gesetzgeber diesen Ausdruck in einem unentschiedenen Sinn genommen hat und erst durch seine Entscheidung festsetzen wollte, in welchem Sinn derselbe zu nehmen sei, — nämlich in dem, daß diese conditiones die Wirkung von Bedingungen haben sollen [2]).

---

1) Vgl. oben §. 7. Nro. 4.

2) Vgl. oben §. 7. Nro. 8.

§. 12. Fortsetzung. Leyser, Kortholt Connanus.

Nach einer Bemerkung Mühlenbruchs sollen verschiedene Rechtslehrer der Meinung sein, daß der Ausdruck conditiones in der Coder-Stelle die Bedeutung anderer Nebenbestimmungen (im Gegensatz von Bedingungen) oder auch eines modus habe, wofür er hauptsächlich zwei Autoritäten anführt.

Glücks Comment. a. a. O. S. 437.

Hienach könnte es scheinen, es liegen hier Gewährs-Männer für die in Vorstehendem ausgeführte Interpretation vor. Dieß ist aber nicht der Fall, obwohl allerdings die von Mühlenbruch hier angeführten Ansichten am nächsten mit der hier aufgestellten zusammentreffen. Es ist daher etwas näher hierauf einzugehen. Die erste der angeführten Autoritäten ist:

Leyser Meditat. ad pand. Sp. 351. N. VII. VII. Vol. V. p. 588.

Dieser stellt bezüglich des allgemeinen Grundsatzes, daß ein Testament nur dann gelte, wenn es ratione solennium und ratione voluntatis perfectum sei, in letzterer Beziehung vordersamst den Satz auf, daß die Ungültigkeit eines Testaments wenigstens bei einem solchen Mangel des Willens-Ausdrucks eintrete, wenn der Testirer noch nicht mit sich im Reinen gewesen sei, „quid de rebus suis post mortem fieri velit“, oder, wenn er noch nicht alle Erben, die er einsetzen wollte, ausgesprochen habe und fährt dann mit Beziehung auf die Coderstelle (l. 8. de instit. et substit.) und die correspondirende l. 77. §. ult. de leg. II. fort: at enim vero, quando solemnia omnia adhibuit, cunctosque, quos heredes esse voluit, nominavit, sed in legatis forsan defecit, vel quid aliud, quod ad essentiam testamenti non pertinet, adjicere voluit, et non adjecit, hoc testamento non nocet. Offenbar liegt dieser Ansicht dem Wesen nach das Princip unserer Auffassung zu Grund. Allein es ist weder klar ausgesprochen, noch ist der Grundsatz, wie ihn Leyser aus-

drückt, bestimmt genug formulirt, um das Verständniß und eine richtige Anwendung der Coderstelle zu sichern.

So wie Leyser sich ausdrückt, ist bereits als ausgemacht vorausgesetzt, daß der Testirer es bloß an dem Aussprechen der Legate oder anderer ausserwesentlichen Bestimmungen fehlen ließ. Wie aber soll dann die Coderstelle angewendet werden, wenn man nicht weiß, ob die conditiones, welche der Testirer folgen lassen wollte, ausserwesentliche Bestimmungen werden sollten? Soll die Coderstelle bloß dann Anwendung finden, wenn man hierüber im Reinen ist? Blos für diesen Fall eine Entscheidung zu geben, war gewiß die Absicht des Gesetzgebers nicht, und auch Leyser verstand es wohl nicht so; Leyser hat aber auch, was wohl zu beachten ist, nicht die Coderstelle interpretiren wollen, er hat nicht ihren allgemeinen Satz wiederholt, sondern er hat einen eigenen Satz aufgestellt, welcher aus der Entscheidung der Coder-Stelle folgt. In dieser ist enthalten, daß wenn die Erbeinsetzung mit Beziehung auf Bestimmungen, welche nicht ertheilt seien, ausgesprochen sei, solche (im Zweifelsfall) als ausserwesentliche anzunehmen seien und die Erbeinsetzung als eine unbedingte gelte. Leyser wollte nichts anders sagen, als: wenn außerwesentliche Bestimmungen fehlen, dagegen alles Wesentliche im Reinen ist, so gilt die Erbeinsetzung doch als eine perfekte Willens-Verordnung, wie dieß in der l. 77. §. ult. de leg. und in der (aus ihr argumentirenden) Coderstelle angenommen ist.

Die zweite von Mühlenbruch angeführte Autorität: Dissert. de eo quod justum est circa conditionem quam testator inserere destinavit, neque tamen inseruit ad l. 9. §. 5. D. de hered. inst. et l. 8. C. de instit. et substit. auct. J. H. Heise praes. F. J. Kortholto Gissae 1766. — beschäftigt sich mit unserer Aufgabe ausschließlich. Es ist dies eine sehr gründliche und klar geschriebene Abhandlung. Sie stellt die allgemeinen Grundsätze, an welche die Interpretation unserer Gesetzesstellen anzuknüpfen ist, mit genauer Nachweisung der Quellen voran, unterwirft die bemerkens-

werthesten Meinungen einer Critik und stellt dann die eigene Ansicht auf, deren positive Begründung dann freilich etwas kurz weggekommen ist, indem hierbei, statt die directe Ableitung aus Gesetzesworten und Zusammenhang zur Hauptsache zu machen, vielmehr nach Sitte der damaligen Zeit und bekanntem Dissertationen-Geschmack die Hauptstärke in Argumenten, Autoritäten und Bekämpfung von Zweifelsgründen gesucht wird.

Die in dieser Dissertation §. 18. aufgestellte Ansicht geht dahin, daß in der Codexstelle das Wort conditio nicht im engern und eigentlichen Sinn — pro adjectione, quae actum in futurum incertum eventum suspendit — sondern in einem weitern und uneigentlichen Sinn — partim pro modo, sub quo aliquid relinquitur, partim pro qualitate et statu rerum, quae relinquuntur zu nehmen sei. Diese Ansicht wird hauptsächlich in ersterer Beziehung, daß nämlich ein modus gemeint sei, durchgeführt (§. 19.); in Beziehung auf die zweite Deutung, (welche sichtlich auf Brissonius de verb. signif. s. V. conditio sich gründet) ist so wenig gesagt, daß es schwer wird, mit Sicherheit zu bestimmen, wie sich dieser Interpret eigentlich die Fälle dachte, wo durch den mangelnden Ausdruck über qualitas et status rerum, quae relinquuntur bei einer Erb-Einsetzung die Frage entstehen könnte, ob solche bedingt oder unbedingt habe ausgesprochen werden wollen. Ohne Zweifel ist nicht gerade eine buchstäbliche Bedeutung der angeführten Umschreibung im Sinne des Interpreten gelegen; es können hiemit wohl Verfügungen, welche über die den Nachlaß betreffenden Verhältnisse überhaupt getroffen werden oder werden sollten, gemeint sein und dann würde unsere Auslegung auch hier der vorliegenden sehr nahe stehen.

Im Uebrigen ist auch hinsichtlich dieser Ausführung wie bei der Leyser'schen zu bemerken, daß sie darin zu enge ist, daß dem Worte conditiones die bestimmte Bedeutung eines modus oder einer Bestimmung über qualitas et status rerum, quae relinquuntur gegeben ist, während, wie mehr-

fach ausgeführt, angenommen werden muß, daß der Gesetzgeber als zweifelhaft unterstellt habe, ob von dem Testirer eine wahre Bedingung ein modus, oder sonst eine Nebenbestimmung gemeint war.

Nach Mühlenbruch a. a. O. S. 437. soll auch die Erklärung von Connanus Comment. jur. civ. lib. X. Cap. 6. Nr. 8. 9. mit den beiden voranstehenden ähnlich sein. Der Verf. dieses bekennt, daß er sich nicht zu erklären vermag, wie Mühlenbruch zu einer solchen Auffassung gelangen konnte.

Das Wesentliche der Ansicht von Connanus ist in folgenden Sätzen ausgedrückt.

Qui scribit hoc modo, Titius heres esto, si Sempronius—dum relinquat aliquid spatii vacui; videtur destinasse addere conditionem, nec voluisse Titium pure esse heredem: ut eam conditionem nisi adjecerit, nullius momenti sit institutio. — At si dixisset, Titius heres esto, ea tamen conditione, quam infra aut in codicillis adscribam: si nullam adscripserit, pure est heres Titius: videtur enim testator abjecisse voluntatem adjiciendae conditionis, et cum nulla sit adscripta, remanet pura institutio.

Offenbar ist hienach Connanus zu der Classe derjenigen Interpreten zu rechnen, welche zur Vereinigung der Coderstelle, (welche er übrigens nicht ausdrücklich zum Gegenstand seiner Erörterung macht), mit der Pandektenstelle sich mit der Fiction einer Willensänderung helfen. Er setzt daher für die Bestimmung der Pandecten-Stelle einen Fall, wo der Ausdruck des Testirers eine solche Fiction möglich macht, und solchem einen Fall gegenüber, wo eine solche Fiction Platz greifen kann. Seine Ansicht trifft mit der in dem dem nächsten §en zu erörternden des Cujacius so ziemlich zusammen.

§. 13. Fortsetzung. Cujacius. Westphal. Hoffacker. Brunnemann Comment. in Pand. Voetius Donellus.

Ueber die weitern von bedeutendern Autoritäten vertretenen Ansichten möge Folgendes bemerkt werden:

Cujacius ad tit. de hered. instit. l. 9. unterstellt dem ersten Satz der Pandektenstelle den Fall, wo der Testirer wirklich blos bedingt habe einsetzen wollen, aber durch ein offenbares Versehen die Bedingung nicht ausgedrückt habe; (dum vult conditionalem institutionem scribere, puram scribat) wo ein offenbarer Irrthum vorliege, wie wenn statt des Titius Gajus als Erbe bezeichnet werde.

Den ersten Satz der Coderstelle aber erklärt er damit, daß hier der Nachtrag der Bedingung in Vergessenheit gekommen oder absichtlich unterblieben oder durch den Tod des Testirers verhindert worden sei.

Gegen diese Ansicht ist im Besondern zu bemerken, einmal, daß nach den Worten der Pandektenstelle kein Grund vorliegt, dieselbe auf den Fall eines bloßen Versehens im Ausdruck zu beschränken, sondern unter dieselbe eben sowohl auch der Fall eines Vorbehalts — der Nichtvollendung des letzten Willens subsumirt werden kann und daß, sobald sie wirklich auch den letztern Fall im Auge hatte, kein wesentlicher Unterschied zwischen ihr und der Coderstelle, wie diese von Cujacius aufgefaßt wird, mehr besteht, sonach der Widerspruch beider nicht gehoben wäre; sodann daß die Erklärungs-Weise der Coderstelle gegen den Grundsatz der perfectio und certitudo des letzten Willens verstoßt, indem, wenn man unter dem conditiones infra scriptas der Coderstelle wahre Bedingungen versteht, wie schon oben (§. 9.) ausgeführt, die voluntas hinsichtlich der Erbeinsetzung nicht perfecta und certa ist.

Es ist auch insbesondere nicht abzusehen, wie ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Fall, wo der Testirer die Bedingung, deren Einverleibung er beabsichtigte, durch ein Versehen nicht ausdrückte, und dem Fall, wo er die Bedingung, deren Beifügung er beabsichtigte, nachzutragen vergaß, begründet werden könnte; in einem wie in dem andern Fall hat er das, was er beabsichtigte, nicht ausgedrückt; das einemal, weil er den Ausdruck durch ein Versehen, das anderemal, weil er denselben durch seine Vergessenheit verfehlte.

Womit sollte wohl eine Verschiedenheit der Folgen hievon gerechtfertigt werden?

Der Ansicht von Cujacius reiht Mühlenbruch a. a. O. S. 426. die von mehreren Anderen an. Es finden sich jedoch bei diesen mehr oder weniger bedeutende Verschiedenheiten von der Ansicht des Cujacius.

So hat der hierher gezählte Westphal Theor. des röm. Rechts von Testamenten §. 19. zwar allerdings bei der Pandektenstelle den Fall eines Irrthums unterstellt; dagegen die Coderstelle dahin erklärt, daß hier der Erblasser die Hauptsache vollendet habe und nur in einigen Neben-Punkten noch etwas verfügen wollte, hieran aber durch den Tod verhindert wurde. Hiemit ist aber in der That keine wahre Bedingung unterstellt; es liegt vielmehr bei dieser Erklärung der Stelle sehr nahe, daß Westphal dem conditiones infra scriptas nur die Bedeutung eines adjectum überhaupt beilege.

Der weiter hieher gezählte Hoffacker princ. jur. rom. §. 1326. scheint die Vereinigung der beiden Gesetzes-Stellen in dem Gegensatz des inserere und infra scriptas zu suchen, indem er den Satz aufstellt: si scripserit, se heredem instituere secundum conditiones infra scriptas, et nullam deinde conditionem subjiciat, valet institutio tanquam pure facta: sin quis conditionem constituerit inserere tunc, quia imperfecta est voluntas, ad irritum cadit institutio [3]). Allein, abgesehen von den in den Worten und dem Inhalt der beiden Gesetzesstellen gelegenen Bedenken gegen die Annahme eines solchen prägnanten Gegensatzes — steht auch diesem Versuch der mehr erwähnte Grund entgegen, daß auch da, wo der Testirer eine Bedingung nachtragen wollte,

---

3) Von dieser Ansicht scheint auch die Uebersetzung des Corp. jur. ausgegangen zu sein, indem sie das inserere der Pandektenstelle mit einflechten, die conditiones der Coderstelle aber mit Bedingungen giebt.

die voluntas immer imperfecta und incerta bleibt, falls solches nicht geschieht.

Der von Mühlenbruch gleichfalls hieher gezählte Brunneman Comment. in Pand. ad l. 9. §. 5. tit. de hered. instit. Nr. 7. glaubt den anscheinenden Widerspruch der Pandekten- und Codex-Stelle damit heben zu können, daß Ulpian den Satz des Marcellus nicht allgemein billige, sondern nur für den Fall, wenn es ausser Zweifel sei, daß der Testirer die Erbeinsetzung uur unter der Bedingung gewollt habe, oder wenn er dieselbe nicht habe beifügen können, weil er vom Tod überrascht worden sei, wo also das Testament rat. voluntatis imperfectum wäre.

Hienach scheint er die Codexstelle auf Fälle zu beziehen, wo zwar der Testirer Bedingungen beifügen wollte, wo es jedoch ungewiß ist, ob er die Erbeinsetzung wirklich von den vorbehaltenen Bedingungen habe abhängig machen wollen. Auch dieser Ansicht steht, — neben dem, daß hiemit der Pandektenstelle Zwang angethan wird, — der oft ermeldte Grund im Weg.

Wenn der Testirer sagt: Cajus soll Erbe sein unter den hienach verzeichneten Bedingungen, wie kann dann noch zweifelhaft sein, daß er die Erbeinsetzung ohne diese Bedingungen nicht gewollt hat. Es hat auch Brunnemann selbst in dem Commentar zum Codex ad l. 8. tit. de institut. et substit. diese Ansicht nicht mehr festgehalten, sondern nur als eine mögliche bezeichnet und sich für die Annahme einer durch die Codexstelle vorgenommenen Abänderung der Pandektenstelle ausgesprochen.

Voetius Comment. ad Pand. tit. de condition. instit. L. XXVIII. tit. 7. §. 2. hat eine Ansicht aufgestellt, mit welcher die oben angeführte und erörterte von Hoffacker im Wesentlichen zusammenfällt.

Donellus, Comment. de jur. civ. lib. VI. Cap. 21. §. 20. 21. (edit. Norimb. P. III. 476. 477.) rechtfertigt zunächst die Pandektenstelle damit, daß, wenn der Testirer die beabsichtigte Bedingung nicht ausgedrückt habe, die we-

sentliche Voraussetzung, von welcher der Testirer die Erbeinsetzung habe abhängig machen wollen, fehlen keine certitudo voluntatis vorhanden sei. Die Coderstelle erklärt er sofort dahin, daß solche einen Fall voraussetze, wo der Testirer noch nicht mit sich im Reinen sei, ob er Bedingungen beifügen wolle, oder nicht, sondern nur erst in Ueberlegung zöge, ob er dies thun wolle, oder nicht. Wenn er nun unterlassen habe, Bedingungen beizufügen, während er solches doch hätte thun können, so erhelle daraus, daß er für die unbedingte Erbeinsetzung entschieden habe.

Gegen diese Auslegnng der Coderstelle ist im besondern zu bemerken, daß sie den Worten — ille heres esto secundum conditiones infra scriptas — gewaltigen Zwang anthut, da solche die conditiones als bereits geschrieben hinstellt, somit die bestimmte Absicht, dieselbe zu verzeichnen, ausdrückte, und daher die conditiones als eine bereits überlegte und entschiedene Willensmeinung des Testirers angesehen werden müssen. Auch paßt zu dieser Auslegung das argument des Papinian'schen responsum nicht.

Zu bemerken ist hier nur noch, daß Mühlenbruch a. a. O. S. 427. die Ansicht Donells ganz anders aufgefaßt hat, was offenbar auf einer Verwechslung oder sonst einem Versehen beruhen muß.

§. 14. Schluß. Duarenus. Fachinaeus. Brunnemann, Comment. ad Cod. Faber. Glossatoren.

Was bisher über die Ansichten der Interpreten angeführt wurde, zeigt, daß die Vereinigung unserer Gesetzesstellen die größten Schwierigkeiten hat, so bald man dabei beharren zu müssen glaubt, dem conditiones infra scriptas der Coderstelle die Bedeutung als wahre Bedingungen beizulegen und daß eine solche Vereinigung nicht anders möglich wird, als mit Hülfe von Subtilitäten oder mit Verletzung des Grundsatzes der certitudo et perfectio voluntatis. Es hat auch schon Fachinaeus

Controv. jur. L. IV. Cap. 4. (1601.)
das Verhältniß dieser Gesetzesstellen als eine difficilis antinomia, quae hactenus doctissima excercuit ingenia — bezeichnet und es ist sonach nicht zu verwundern, wenn die Versuche nicht ausblieben, den Knoten zu zerhauen.

Hiezu gehört:

1) Die Auslegung der Pandektenstelle, daß Ulpian die im ersten Satz derselben ausgedrückte Meinung des Marcellus blos habe anführen wollen, oder daß die am Schluß der Stelle enthaltene Billigung sich blos auf den zweiten Satz beziehe;

Duarenus Comment. ad Pand. ad tit. de condition. inst. Cap. III.[4]).

Fachinaeus Controv. jur. L. IV. Cap. 4.

2) Die Annahme, daß die Pandektenstelle durch die Codexstelle abgeändert — durch letztere eine Streitfrage entschieden sei;

Brunnemann Comment. ad Codic. ad l. 8. tit. de instit. et substit.

Duarenus a. a. O.

3) Die Annahme einer anderen Les-Art.

Faber error. pragmat. dec. 35. err. 9.

Eine nähere Erörterung über diese verschiedenen Auswege kann hier umgangen werden. Ihre Unhaltbarkeit ist von Mühlenbruch im Glück'schen Commentar S. 424. 425. 427. 431. und in der oben angeführten Dissertation von Heise pr. Korthold §. 11. seq. gezeigt und es sei hier nur noch das bemerkt, daß die unter 1, und 2, angeführten Ansichten gleichfalls auf den oft erwähnten Anstoß gegen den Grundsatz der certitudo und perfectio voluntatis zurückführen, sofern beiden die Annahme zu Grunde liegt, daß eine unter dem Vorbehalt von Bedingungen geschehene

---

4) Von Mühlenbruch a. a. O. S. 423. 424. wird irrig der Titel de hered. instit. citirt.

Erbeinsetzung gelten könne, ohne daß dieselben von dem Erblasser wirklich bezeichnet wurden.

So viel von den Ansichten Anderer. Weiter zu gehen läge ausserhalb des Ziels unserer Aufgabe. Insbesondere kann es umgangen werden, auf die, auch von Mühlenbruch a. a. O. nur wenig berührten Glossatoren zurückzugehen. Neben dem, daß ihre Ansichten zum Theil schon in den vorstehend abgehandelten Autoritäten vertreten sind, ist bekanntlich die Art, wie sie ihren Stoff behandeln, nicht sehr geeignet, bei Fragen, wo es sich um einen tiefer gelegenen Zusammenhang handelt, große Ausbeute zu gewähren.

§. 15. Ergebniß der vorstehenden Ausführung.

Die Sätze, welche sich aus der vorstehenden Ausführung für Doctrin und Anwendung ergeben, lassen sich kurz dahin zusammenfassen.

1) Eine Erbeinsetzung, welche der Testirer von einer Bedingung abhängig machen wollte, gilt nicht, wenn die Bedingung nicht bezeichnet wurde. Dieser in der Pandektenstelle ausgesprochene aus den Grundsätzen über Perfection des letzten Willens fließende Satz ist durch die Codex-Stelle nicht abgeändert.

2) Wenn der Testirer die Erbeinsetzung mit dem Anhang ausspricht, solcher noch Bestimmungen beifügen zu wollen, solche aber nicht beifügte, so gilt im Zweifelsfall die Erb-Einsetzung als eine unbedingte. Dieß folgt aus dem ersten Theil der Codex-Stelle, entsprechend dem Grundsatz, der möglichen Erhaltung des letzten Willens, im Uebrigen ohne Verletzung des Erfordernisses der Perfection, weil der Gesetzgeber ausserwesentliche Bestimmungen unterstellen konnte.

3) Hinsichtlich der Frage, ob die auf die Erbeinsetzung bezüglichen Bestimmungen als dieselbe bedingend anzusehen seien, unterscheidet nicht der Buchstabe des Willens-Ausdrucks des Testirers, sondern die Absicht desselben. Wenn daher der Testirer die Erb-Einsetzung auch bedingungsweise

ausgesprochen hat, es ist aber gewiß, daß er nicht bedingt einsetzen wollte, so gilt dieselbe als unbedingt. (Zweiter Satz der Pandektenstelle.) Wenn dagegen irgendwo in dem Testament Bestimmungen enthalten sind, welche auch nicht als die Erb-Einsetzung bedingend ausgesprochen, insbesondere mit der Erb-Einsetzung nicht in Verbindung gesetzt sind, so sollen solche doch im Zweifelsfall, (so fern nämlich ihre bedingende Eigenschaft an sich anzunehmen ist) als Bedingungen der Erb-Einsetzung angesehen werden. (Dritter Satz der Coderstelle.)

4) Unsere Gesetzes-Bestimmungen, — so ausgelegt — stehen sämmtlich in vollkommenem Einklang mit dem in den übrigen Sätzen der Pandekten-Stelle (§. 1. 2. 3. 4. 6. 7. cit. leg. 9.) in verschiedenen Fällen durchgeführten Grundsatz, daß der Wille des Erblassers, so weit er bestimmt erkennbar ausgesprochen ist, vollzogen werden soll, so wie überhaupt mit den allgemeinen Grundsätzen über letzte Willens-Verordnungen.

Wenn der Verfasser bei Lösung seiner Aufgabe so tief eingehen zu müssen glaubte, als hier geschah, so wird dieß die am Eingang bezeichnete Auffassung derselben von selbst rechtfertigen; sollte er hiebei die Grenzen überschritten haben, so wird sich solches damit entschuldigen, daß er es für unbescheiden hätte halten müssen, bei einer so vielfach und von so ausgezeichneten Vorgängern behandelten Frage eine eigene Ansicht aufstellen zu wollen, ohne deren Ausführung und Begründung nach allen Beziehungen zu erschöpfen zu suchen.